

REMISIÓN A UN SISTEMA NO UNIFICADO EN EL REGLAMENTO “ROMA II”: LA PLURILEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA A EXAMEN

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. Desde su incorporación al Derecho comunitario, el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) (en adelante, RR II), ha suscitado una modesta jurisprudencia, que, sin embargo, guarda proporción con el reducido período de tiempo que el instrumento lleva vigente. Hasta el momento, el TJUE ha resuelto cinco cuestiones prejudiciales en las que ha sido requerido para interpretar distintos preceptos del RR II. En la primera de sus decisiones al respecto, la STJ 17 noviembre 2011 (as. C-412-10: *Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA*), anotada por E. Torralba Mendiola, “Ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento (CE) n° 864/2007”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1154-1156], el Tribunal de Luxemburgo señaló que, una vez tenida en cuenta la regla general del art. 297.1.3 TFUE, la correcta intelección de los arts. 31 y 32 RR II pasaba por concluir que, aun cuando el instrumento estaba en vigor desde el 20 agosto 2007, únicamente era aplicable por los órganos jurisdiccionales nacionales a los hechos generadores de daño acontecidos a partir del 11 enero 2009. La segunda resolución del TJUE relativa al RR II, la STJ 9 septiembre 2015 (as. C-240-14: *Eleonore Prüller-Frey v. Norbert Brodnig y Axa Versicherung AG*), estudiada por J.J. Marín López, “Ley aplicable al contrato de seguro vs. ley aplicable a la acción directa en el seguro de responsabilidad civil: perjudicada por un accidente aéreo, residente en Austria, que ejercita ante los tribunales de su domicilio, ¿con arreglo al Derecho español?, una acción directa contra una aseguradora establecida en Alemania”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2015-10, pp. 26-38], se ha centrado en el art. 18 RR II, precepto que, no mereciendo la conceptualización de norma de conflicto para la Corte europea, es interpretado por ésta en el sentido de que permite, en una situación como la que es objeto de litigio –la reclamación de unos daños derivados de un accidente de helicóptero–, que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador de la persona responsable para exigirle resarcimiento, cuando dicha acción esté contemplada por la legislación rectora de la obligación extracontractual, con independencia de lo que se establezca en la ley aplicable al contrato de seguro. El tercer pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento 864/2007, la STJ 10 diciembre 2015 (asunto C-350-14, *Florin Lazar v. Allianz SpA*), revisada por P. Jiménez Blanco, “Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas”, *La Ley: Unión Europea*, n° 35 2016, pp. 1-15], ha estimado, en interpretación del art. 4.1° RR II, que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de tráfico ocurrido en el país del foro y sufridos por sus parientes cercanos domiciliados en otro Estado miembro deben calificarse como “consecuencias indirectas” del accidente, en el sentido de dicha disposición, de suerte que su reparación se supedita a lo que dictamine la ley del lugar en el que se haya producido el “daño directo”. En el cuarto de sus veredictos referente al RR II, la STJ 21 enero 2016 (asuntos acumulados C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance SE v. If P&C Insurance AS*; y *Jensidige Baltic AAS v. PZU Lietuva UAB DK*; respectivamente), analizada por G. Garriga Suau, “La ley aplicable al derecho de repetición de la aseguradora *solvens* contra la aseguradora del corresponsable”, *La Ley: Unión Europea*, n° 36, 2016, pp. 1-13], el TJUE, luego de situar la cuestión en el ámbito del art. 19 RR II, ha señalado que el derecho de repetición de la aseguradora de un vehículo de tracción, que ha indemnizado a las víctimas de un accidente de carretera causado por el conductor del mismo, contra la entidad que había asegurado el remolque acoplado depende, por una parte, de que la ley rectora de la responsabilidad extracontractual –determinable según las reglas del Reglamento 864/2007– prevea la solidaridad de los coautores; por otra parte, de que la legislación aplicable al contrato de seguro –cuya concreción pauta el art. 7 del Reglamento 593/2008– admita la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima. En

* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida

la, hasta ahora, última decisión correspondiente al RR II, la STJ 28 julio 2016 (as. C-191/15: *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*) reseñado de urgencia por C. Piltz, “European Court of Justice rules on applicable data protection law and terms of use”, <http://germanitlaw.com/european-court-of-justice-rules-on-applicable-data-protection-law-and-terms-of-use/>, el Tribunal de Justicia ha fallado que, si bien ha de estarse a las disposiciones del Reglamento 593/2008 para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual que una empresa establecida en un Estado miembro incluye en las condiciones generales de venta destinadas a consumidores residentes en otro país comunitario –en particular, en el del foro–, para fijar el Derecho aplicable a una acción de cesación dirigida a impedir la utilización de dichas cláusulas debe acudir al art. 6.1º del Reglamento 864/2007. Además de los cinco casos ya zanjados, queda aún pendiente uno (asuntos C-24/16 y C-25/16: *Nintendo Co. Ltd v. BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, peticiones de 18 enero 2016), en el que al TJUE se pregunta, en un procedimiento por presunta vulneración de derechos de propiedad intelectual, cómo hay que determinar el lugar “en el que se haya cometido la infracción” a efectos del art. 8.2º RR II, cuando el infractor amén de ofrecer, en un sitio de Internet que también se dirige a Estados miembros distintos del de su establecimiento, productos que vulneran derechos derivados de un dibujo o modelo comunitario, los transporta a dichos países.

2. Si de las resoluciones de la Corte europea pasamos a las dictadas por los órganos jurisdiccionales de los países integrantes de la Unión Europea, hasta la fecha, el balance jurisprudencial a propósito del Reglamento 864/2007 es por lo general discreto, aunque hay diferencias notables entre los Estados miembros. Ciñéndonos a los principales, cabe resaltar que numerosas *litis* en las que el instrumento se ha visto involucrado han tenido su origen en accidentes de circulación viaria. Así, en Italia, encontramos la sentencia del *Tribunale di Varese* de 13 enero 2012 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 798–799), en la que, aun cuando el hecho dañoso se había producido en España, el juez, al amparo del art. 14 RR II, se decanta por aplicar al litigio la normativa italiana sobre la base de la existencia de un acuerdo tácito entre las partes convenido con posterioridad al siniestro; y la *ordinanza* del *Tribunale di Trieste* de 11 julio 2013 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 796–798), la cual, ante la solicitud de ejecución provisional de una condena a indemnizar los daños resultantes de un accidente –se trata del caso *Lazar*, que, año y medio más tarde, obligará a pronunciarse al TJUE (*vid. supra*, nº 1)–, da a entender que, al fondo del asunto, debería aplicársele el Derecho rumano, porque, pese a que el suceso había ocurrido en Italia, el reclamante –padre de la víctima– había sufrido los perjuicios derivados del mismo en el Estado de su residencia, que era Rumanía [para un comentario contextualizado de ambas decisiones, *vid. L. Sandrini*, “Risarcimento del danno da sinistri stradali: è già tempo di riforma per il regolamento Roma II?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 677–714]. Dejando al margen algún pleito en el que el Reglamento 864/2007 se ha invocado con poco detenimiento a la hora de individualizar la legislación aplicable a otros tipos de ilícitos civiles [en este sentido, el dirimido por el *arrêt* de la *Chambre commerciale* de la *Cour de cassation* de 24 noviembre 2015, que lo hace en un supuesto de ruptura injustificada de una relación comercial establecida (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031539551>)], en Francia, el protagonismo vuelve a ser de los accidentes de circulación, en particular de uno acaecido en Valencia entre un vehículo matriculado en España y otro en Francia conducido por una ciudadana francesa residente en su país y en el que viajaba como pasajero un súbdito británico con residencia habitual en Francia que en el siniestro sufre graves daños por los que exige, ante los órganos jurisdiccionales del Estado en donde se encuentra su domicilio, ser debidamente indemnizado. Enfrentada al problema de cómo se articula la aplicación del Reglamento 864/2007 y del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera [CLH71], la Sentencia de la *Cour de cassation (première chambre civile)* de 30 abril 2014 interpreta correctamente el art. 28.1º RR II al estimar –rectificando el parecer de la *Cour d’appel* de Pau expresado en su resolución de 29 noviembre 2012– que “la Convention de La Haye en cause n’ayant pas été conclue exclusivement entre des Etats membres de l’Union européenne, mais également par des Etats tiers, le règlement n° 864/2007 ne prévalait pas sur celle-ci, de sorte qu’il n’affectait pas l’application de cette Convention au litige” (*Journ. dr. int.*, vol. 141, 2014–4, pp. 1251–1264, nota de C. Latil). Más rica ha sido la práctica judicial concerniente al Reglamento

864/2007 en el Reino Unido, en donde los habituales litigios sobre accidentes de tráfico han convivido con contenciosos dimanantes de reclamaciones extracontractuales de muy diversa naturaleza [por ejemplo, los resueltos por la Sentencia de la *High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 10 julio 2015 (*Banque Cantonale de Genève v. Polevent Limited et al.*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2015/1968.html>), que, para dar respuesta a una pretensión de restitución por parte de un banco suizo de los fondos erróneamente transferidos a una cuenta recién embargada de una sociedad inglesa abierta en una entidad bancaria de Londres, recurre al art. 10.3° RR II, que, para casos de enriquecimiento injusto en los que el mismo no derive de una relación preexistente entre las partes ni éstas compartan la residencia habitual, declara competente la ley del país en donde se haya producido el enriquecimiento, lo que, en este supuesto, obliga a aplicar la ley inglesa; o por la Sentencia de la *High Court, Queen's Bench Division, Middlesbrough District Registry*, de 9 mayo 2016 (*Jikhabanadur Rai c. The Ministry of Defence*, http://www.oldsquare.co.uk/images/uploads/news-and-media/160620_raj_v_MoD.pdf) en la cual, ante una demanda por daños y perjuicios instada por un gurka enrolado en el ejército británico contra el Ministerio de Defensa del que orgánicamente depende por las lesiones que le causa un caballo con el que, en el marco de sus tareas militares, se estaba entrenando en Alberta (Canadá), se decide que, en este asunto, el Estado demandado no puede alegar haber actuado en ejercicio de su poder soberano (*acta iure imperii*), por lo que el Reglamento 864/2007 entra en liza, más en concreto, su art. 4.2°, que, para dirimir el pleito, conduce a la observancia de la ley inglesa, puesto que ambas partes residen en Inglaterra. A pesar de esta significativa casuística —en la que, repárese en ello, el recurso a la *lex fori* nunca va acompañado del empleo del art. 25.1° RR II, que es preceptivo en un Estado plurilegislativo como el Reino Unido—, la siniestralidad viaria también ha tenido un papel preponderante en el desarrollo jurisprudencial del Reglamento Roma II en el Reino Unido como demuestran dos decisiones en las que los tribunales ingleses fijan los parámetros para la interpretación del art. 4 RR II [Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 6 octubre 2014 (*Gaynor Winrow c. Mrs J Hemphill and Ageas Insurance Limited*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2014/3164.html>), que, dada su trascendencia, ha merecido la inmediata atención de los especialistas, entre los cuales se cuenta G. van Calster, *European Private International Law*, 2ª ed., Oxford–Portland, Hart, 2016, pp. 254–256, y Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 27 de noviembre 2015 (*Gillian Marshall c. The Motor Insurers' Bureau et al.*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2015/3421.html>), objeto de reseña en el blog de G. van Calster, “Rome II: A manifestly closer connection overrides common habitual residence. The High Court in Marshall v MIB” (<https://gavclaw.com/2016/03/14/rome-ii-a-manifestly-closer-connection-overrides-common-habitual-residence-the-high-court-in-marshall-v-mib/>). En *Winrow*, origina el proceso la demanda que una súbdita británica, largo tiempo residente en Alemania porque su marido militar estaba destinado en el país centroeuropeo, presenta contra otra mujer, de su misma nacionalidad y que por idénticos motivos había residido durante casi dos años en la República Federal alemana, para que se la indemnice por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido en Alemania cuando la actora viajaba en un vehículo conducido por la demandada, que, debido a una negligencia de ésta, chocó con otro a cuyo volante iba un ciudadano alemán. El intento de la demandante de que la controversia se resuelva en consonancia con la ley inglesa por ser la de la residencia habitual común de las partes (art. 4.2° RR II) o la que muestra la conexión más estrecha con el litigio (art. 4.3° RR II), no prospera, porque la juez Slade, considerando que la residencia de los litigantes estaba en Alemania al tiempo del siniestro y que en las circunstancias del supuesto no concurre la suma de factores que, excepcionalmente, hubiera posibilitado el desplazamiento de la ley alemana, termina por aplicar ésta en calidad de *lex loci damni* (art. 4.1° RR II). En cambio, en *Marshall*, el juez Dingemans accede —con cierta liberalidad, alejada de los postulados más dogmáticos— a activar la cláusula de escape prevista en el art. 4.3° RR II, al entender que un número suficientemente relevante de los elementos del caso proporcionan a éste vínculos de mayor proximidad con el lugar del suceso que con el de la residencia común de —parte de— los implicados. El asunto, difícil de exponer por sus entresijos, se resume en que, a raíz de un siniestro viario acontecido en Francia, ante los órganos jurisdiccionales ingleses se ejercitan simultáneamente dos acciones relacionadas con él, por un lado, la viuda del nacional británico muerto en el accidente demanda al *Motor Insurer's Bureau [MIB]* —institución inglesa de compensación de seguros—, a otro compatriota —

con el que el difunto se había trasladado transitoriamente a Francia por motivos laborales y que iba con él en el trágico desplazamiento— y a la entidad francesa aseguradora del vehículo del servicio de asistencia en carretera; por otro lado, el súbdito británico que acompañaba al fallecido emplaza ante los tribunales al *MIB*. La interposición de demandas diferentes se explica por las peculiares características del suceso, que es causado por una conductora francesa que, mientras circulaba por una autopista en un coche sin asegurar, se duerme al volante del mismo, perdiendo su control y arrollando a los dos ciudadanos británicos que se encontraban en el arcén de la vía en el momento en el que un operario del servicio de reparación estaba colocando una rueda de recambio perdida. De resultados del impacto, el superviviente salió proyectado y, sin golpearse con nada más, cayó fuera de la calzada pero el difunto, por efecto de las colisiones en cadena del vehículo descontrolado, del de asistencia y del suyo propio, quedó atrapado bajo éste último recibiendo heridas letales. En el discernimiento del Derecho aplicable, el juez procede señalando, en primer lugar, que la competencia corresponde a la ley del Estado en donde se produjo el daño (art. 4.1º RR II), si bien, a renglón seguido, recuerda que, para las reclamaciones entre partes que comparten residencia en Inglaterra, la legislación pertinente ha de ser la inglesa (art. 4.2º RR II), en última instancia, empero, soslaya la aplicación incluso parcial de la ley inglesa por mor de que Francia es el país que presenta los lazos más fuertes con el asunto, por lo que, a la hora de fallarlo, debe estarse a la regulación material francesa. En contraste con los demás grandes Estados de la Unión Europea, en Alemania, la cantidad de decisiones en torno al Reglamento 864/2007 ha alcanzado ya cifras importantes. Basta con consultar las bases de datos o los repertorios jurisprudenciales alemanes para apercibirse de que los casos sobre el Reglamento “Roma II” se cuentan por decenas, de ahí que, para los fines del presente trabajo, esté fuera de lugar ofrecer un inventario exhaustivo de los mismos, por lo que nos limitaremos a referenciar algunas de las sentencias pronunciadas, en especial del *Bundesgerichtshof* [*BGH*], y a brindar ejemplos de los temas más recurrentemente abordados. Si se repasa la jurisprudencia alemana sobre el particular, se advierte enseguida su diversidad, apreciable tanto respecto del tipo de ilícitos civiles involucrados como de las cuestiones discutidas ante los órganos judiciales, que han sido llamados a interpretar muchos de los preceptos contenidos en el Reglamento 864/2007, aun cuando, forzoso es subrayarlo, no hemos hallado ningún litigio en el que haya sido menester la intervención del art. 25 RR II. Sin perjuicio de que, como decimos, los problemas planteados han sido sumamente variados, la mayoría de las resoluciones de los tribunales alemanes tienden a focalizarse en unos contados artículos del instrumento. En primer lugar y dentro de toda lógica, en el art. 4 RR II, aunque, en su afinación exegética, los accidentes de circulación por carretera no han desempeñado, a diferencia de lo visto en otros países comunitarios, el rol estelar que hubiera podido esperarse teniendo en cuenta que Alemania no es parte del CLH71 y que, por tanto, cualquier reclamación derivada de un siniestro de tráfico ha de canalizarse, a falta de pacto entre las partes, a través del art. 4 RR II. Lo cierto es que, para encontrar jurisprudencia sobre esta temática no debe acudir a la doctrina del *BGH* —que se ha enfrentado, hace unos meses solamente, a un caso al respecto [Sentencia de 1 marzo 2016 (VI ZR 437/14)], en la que, ante una pretensión de indemnización por daños dimanantes de un accidente viario acaecido en Kosovo el 15 agosto 2007, el Tribunal Federal declara inaplicable al Reglamento “Roma II”, ya que éste no cubre los hechos dañosos anteriores al 11 enero 2009 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74215&pos=0&anz=1>)], sino a la de los tribunales inferiores, entre los que por razones geográficas obvias destaca el *Landgericht Saarbrücken* que, dada la gran cantidad de pleitos sobre la materia que ha juzgado, ha tenido que especializarse [“*Die Kammer war in den zurückliegenden Jahren aufgrund ihrer Spezialzuständigkeit für Straßenverkehrsunfallsachen in zahlreichen Verfahren, auch sachverständig beraten, mit einer größeren Zahl von Verkehrsunfällen nach französischem Recht befasst und verfügt über ein Mitglied mit Studienerfahrung im französischen Schuldrecht*”, informa en su Sentencia de 11 mayo 2015, la cual dirime el litigio resultante de los perjuicios que la empresa propietaria de una furgoneta de reparto matriculada en Alemania reclama a la aseguradora de un vehículo de matrícula francesa que, el 24 junio 2011, colisiona, en Francia, con la camioneta, dañándola, y en el que, para resolverlo, el órgano jurisdiccional alemán recurre al Derecho sustantivo francés por mandato de los arts. 4.1º y 18 RR II (<http://www.verkehrsllexikon.de/Texte/Rspr7164.php>)]. Otra disposición del Reglamento que está repetidamente presente en la práctica alemana es el art. 6 RR II. Valga como muestra la trascendental Sentencia del *Bundesgerichtshof* de

14 enero 2016 [I ZR 65/14 (*Freunde finden*)], en la que el Alto Tribunal estima que, para dar respuesta a la demanda del *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* (Federación alemana de organizaciones de consumidores) contra *Facebook* por la ilegalidad de su aplicación *Funktion "Freunde finden"* (función "buscar amigos") –herramienta promocional que invitaba a los usuarios de esta red social a darle permiso para acceder a las direcciones de correo electrónico de sus amigos o personas de contacto, lo que facilitaba que, a su vez, la red enviara una invitación a no usuarios para que se unieran al servicio–, "[a]nwendbar ist nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung das deutsche Wettbewerbsrecht, weil nach Darlegung des Klägers die aus dem beanstandeten Verhalten folgende Beeinträchtigung –die unzumutbare Belästigung der Adressaten einer Mitteilung werblichen Charakters– in Deutschland eintritt"; o sea, el BGH apela al 6.º RR II para someter la *litis* al Derecho alemán de la competencia, que es el que acaba determinando que la función "*Freunde finden*" vulnera las normas sobre protección de datos y prácticas comerciales injustas al constituir una actividad de acoso publicitario, que no deben tolerar quienes no hayan prestado previamente y con claridad su consentimiento para recibir dichas invitaciones (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75241&pos=0&anz=1>). El podio de las reglas del Reglamento "Roma II" con mayor presencia en la jurisprudencia alemana lo completa el art. 8 RR II, cosa que no causa ninguna extrañeza, porque es bien sabido que las controversias sobre derechos de propiedad intelectual están a la orden del día como prueba la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 21 abril 2016 [I ZR 43/14 (*An Evening with Marlene Dietrich*)]. En ella, el Tribunal Federal, sobre la base de la ley alemana –que juzga aplicable en virtud tanto del art. 8.1 RR II como del DIPr autónomo, pues la infracción de los derechos de autor denunciada, la difusión no autorizada en *You Tube* de las imágenes de un concierto de Marlene Dietrich, tiene lugar entre diciembre de 2006 y noviembre de 2011, es decir, en un período que comprende la etapa anterior y posterior a la entrada en vigor del Reglamento–, considera, contrariando en buena parte el criterio del *Oberlandesgericht München*, que la demandante, *Marlene Dietrich Collection GmbH* –sociedad que tiene en exclusiva los derechos de explotación de la obra de la famosa actriz y cantante– mantiene en Alemania, conforme a los tratados vigentes, los mismos derechos de propiedad intelectual que cualquier otro artista alemán, pese a que, cuando se hicieron las grabaciones litigiosas, la protagonista de las mismas ya había adquirido la nacionalidad estadounidense (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75454&pos=0&anz=1>).

3. El caudal jurisprudencial acumulado por nuestros órganos jurisdiccionales acerca del Reglamento 864/2007 está más en sintonía con la limitada experiencia atesorada por los tribunales italianos y franceses que con la relativa amplitud de supuestos a los que se han enfrentado los jueces ingleses o alemanes. Efectivamente, a excepción de algún caso aislado [como el resuelto por la SAP Barcelona 15ª nº 209/2014, de 11 de junio (JUR 2014\228036), en el que se hace referencia *obiter dictum* al art. 6 RR II como regla competente para determinar la ley aplicable a una reclamación por competencia desleal], todos los asuntos tocantes al Reglamento "Roma II" dirimidos en España han sido consecuencia de acciones dirigidas a la obtención de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidentes de tráfico. Por sí solo, este último dato ya nos revela la irrelevancia de las decisiones españolas al respecto, porque, tal como se ha puesto de manifiesto con motivo del repaso a la jurisprudencia francesa (*supra*, nº 2), cuando un Estado miembro de la Unión –como España o Francia– es asimismo parte del Convenio de La Haya de 1971, este instrumento ha de ser aplicado con preferencia sobre el Reglamento 864/2007 (art. 28.1º RR II). De ahí que cualquier alusión al Reglamento en el contexto de los siniestros de circulación esté por completo fuera de lugar, lo que no ha impedido, sin embargo, que varias decisiones de audiencias provinciales hayan acudido a las previsiones normativas del Reglamento "Roma II", bien exclusivamente, ignorando totalmente el CLH71 [SAP Pontevedra 3ª nº 439/2012, de 6 de noviembre (AC 2012\2237), que, de acuerdo con el art. 4.1 RR II, aplica la legislación portuguesa a la reclamación judicial por daños que el conductor y el ocupante de un vehículo con matrícula española formulan contra la entidad aseguradora portuguesa del otro automóvil, matriculado en Portugal, implicado en el accidente acaecido en dicho país, estimando la Sala que la nacionalidad española de los lesionados no basta para poder activar la cláusula de escape del art. 4.3 RR II; SAP de Cáceres (sección

1ª) núm. 93/2013, de 10 de abril (JUR 2013\184045), que, en un contencioso similar al anterior, observa igualmente la ley portuguesa sobre la base del art. 4.1º RR II sin que, en esta ocasión, la residencia en España de los demandantes justifique el recurso al art. 4.3º RR II]; bien conjuntamente, mediante la aplicación de “una amalgama proteiforme y confusa de normas de conflicto todas a la vez” [A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Obligaciones extracontractuales”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 1369], esto es, a través de un uso combinado del Reglamento 864/2007 y el Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera o del Reglamento “Roma II” y el Código civil español (respectivamente, SAP Pontevedra 3ª nº 521/2012, de 13 de diciembre, JUR 2013\36183, y SAP Pontevedra 6ª nº 293/2014, de 16 de mayo, AC 2014\1265, ambas zanjando pleitos semejantes, que, además, guardan un gran parecido con los dos asuntos más arriba traídos a colación: ante los pedimentos de indemnización realizado por los damnificados por accidentes de circulación acontecidos en Portugal entre vehículos con matrícula española y portuguesa contra los responsables del daño y sus aseguradoras, la Audiencia decide, primeramente, dejar el caso en manos de la normativa portuguesa, que operaría como *lex loci delicti commissi*, pero, al verificarse la falta de prueba de la ley extranjera competente, se decanta por una aplicación supletoria del Derecho español). A manera de *tweet*, cabe sintetizar lo antedicho concluyendo que la praxis judicial española generada por el Reglamento 864/2007 es escasa, monotemática y de baja calidad.

4. A la vista del panorama jurisprudencial relatado, se advierte con mayor nitidez la singularidad del caso ventilado ante la Audiencia de Lleida. Para empezar, repasaremos las circunstancias del litigio, para cuya descripción tendremos en cuenta no solamente la información que nos proporciona la resolución de segunda instancia, sino igualmente la contenida en la SJPI nº 1 Lleida nº 129/2014, de 2 diciembre 2014, que hemos podido consultar. Con arreglo a ambas, la secuencia narrativa es la siguiente. El 14 marzo 2009, en el marco de un viaje organizado por la Parroquia La Mercè, de la capital de la provincia, para ir a esquiar a la estación andorrana de Gran Valira, una de las personas integrantes del grupo excursionista, una menor de nacionalidad española y con residencia habitual en Lleida, embiste dentro de la zona habilitada para la práctica del deporte a otra esquiadora, asimismo ciudadana española y residente en Cataluña, que se encontraba detenida en un costado de la pista. A consecuencia del impacto, la víctima del accidente padece lesiones de diversa consideración de las que tarda en curarse más de nueve meses, y de las que le quedan como secuelas un perjuicio estético moderado y un leve déficit de movilidad en el hombro derecho. De ahí que la damnificada presente una demanda por daños y perjuicios contra los padres de la menor responsable del accidente –representantes legales de la misma–, el párroco encargado de la excusión, la Parroquia La Mercè y la aseguradora comercial de ésta, la Compañía FIATC. Los padres contestan a la demanda y el párroco no habiéndolo hecho en el momento procesal correspondiente comparece en la audiencia previa, alegando todos ellos en su defensa la prescripción de la acción; mientras que la parroquia y la entidad de seguros se mantienen en rebeldía. El juez, después de verificar la competencia internacional de los tribunales españoles –que funda en el art. 22.3.8º LOPJ–, infiere de esta norma la aplicación a la controversia de la ley española, la cual, a su parecer, únicamente puede ser la estatal del Código civil español, ya que, a tenor del art. 111–3.1 CCCat, el Derecho de esta comunidad sólo tiene eficacia territorial, por lo que el pleito debe ser resuelto sobre la base del art. 1968.2º Cc, precepto que, cuando se trata acciones para exigir responsabilidad por obligaciones derivadas de culpa o negligencia, fija un plazo de prescripción de un año, que es el mismo que contempla la legislación andorrana invocada por los demandados. Como quiera que, según constata el juez, el accidente sucede el 14 marzo 2009 y que, de conformidad con el informe pericial aportado por la actora, el tiempo de curación invertido hasta la estabilidad lesional –incluyendo todo el período de rehabilitación– es de 274 días, dicha estabilidad se logra el 26 febrero 2010, de modo que cabe deducir que, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial del TS, tal fecha es el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción solamente interrumpido por un burofax, de 18 febrero 2011, enviado por la futura demandante a los padres de la menor con este propósito expreso. Así las cosas, concluye el juzgador de instancia, la acción ejercitada ya se encontraba prescrita el 18 febrero 2012 y, con más razón, el 3 septiembre 2012, día en el que se presenta la demanda. Recurrida esta decisión ante la AP de Lleida, la Sección 2ª de la mis-

ma en su Sentencia nº 487/2015, de 27 de noviembre (JUR\2016\22297), confirma la prescripción de la acción, si bien no fundamenta su fallo en el Derecho español sino en el Derecho andorrano, que en este punto son coincidentes.

5. En una primera valoración de las resoluciones estudiadas, debe hacerse hincapié en que no deja de sorprender –y de causar un desánimo inmenso– la mezcla de aparente desenvoltura y de profundo desconocimiento con la que, en ocasiones, nuestros órganos jurisdiccionales manejan las normas de DIPr. Entre un Magistrado–Juez que, en un caso como el presente, sustenta la competencia internacional de los tribunales españoles en el art. 22.3º.8 LOPJ –olvidando el instrumento comunitario de aplicación preferente– y que de este precepto –propio del conflicto de jurisdicciones– colige la sujeción del fondo de la *litis* a la normativa española –cuestión privativa del conflicto de leyes– y una Sala que, ante la reivindicación hecha por la demandante –recurrente en apelación– de la necesidad de observar el Reglamento Roma II, se limita a afirmar que “el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, “Roma II”, no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto sólo es aplicable a conflictos de leyes y jurisdicción en dicha materia de Estados miembros de la Comunidad Europea, de la cual Andorra no forma parte”, uno no sabe qué actitud crítica adoptar, más allá de hacerse cruces de cómo es posible que se continúen dictando sentencias con errores tan graves, que, por mucho que en los últimos tiempos haya descendido el nivel de exigencia académica en nuestras universidades, no pasaríamos a ningún estudiante de grado. Tras toparse con un párrafo como el transcrito, el lector mínimamente ilustrado ya intuye que nada de lo que venga a continuación puede ser técnicamente bueno y que una eventual solución atinada desde el punto de vista del derecho material solamente va a poder ser resultado de una carambola, que en el asunto que nos ocupa no se da.

6. Entrando en un examen más detallado de la problemática de DIPr que encierra el litigio en cuestión, hay que partir de la premisa de que el veredicto de la Audiencia en el que se declara prescrita la acción ejercitada por la actora es, a nuestro juicio, totalmente desacertado. Para demostrarlo, debe irse al origen de la argumentación del tribunal y, una vez rectificada la equivocación inicial de éste, seguir el razonamiento que, al compás de las normas pertinentes, se abre paso con naturalidad hasta el desenlace correcto. Así, en primer lugar y contrariamente a lo que asegura la sentencia, el Reglamento 864/2007 era claramente aplicable al supuesto atendidos sus ámbitos de aplicación material –se estaba ante una reclamación por daños extracontractuales– y temporal –al que la resolución no dedica ni una línea y hubiera debido hacerlo habida cuenta de la cercanía de la fecha del accidente, el 14 el marzo de 2009, a la de la aplicabilidad inicial del instrumento, el 11 enero 2009 (*vid., supra*, nº 1 STJUE *Homawoo*)–, y su alcance universal –gracias a este carácter *erga omnes* (art. 3 RR II), la ley designada por el Reglamento se aplica (obviamente, sólo por los tribunales de los países comunitarios salvo Dinamarca) aun cuando no se corresponda con la de ningún Estado miembro participante y sin parar mientes en la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las partes ni en el lugar en que se ha producido el daño–. En segundo término, situados ya en el Reglamento 864/2007, a la hora de concretar el Derecho rector del litigio, ha de tomarse en consideración, ante todo, el dato de que, pese a permitirlo el art. 14 RR II, los litigantes no habían hecho uso de la posibilidad de escogerlo; a continuación, procede cerciorarse de que, en el caso de autos, no se discutía acerca de alguno de los ilícitos civiles para los que, en sus arts. 5 a 9 RR II, el instrumento prevé reglas específicas; comprobado lo anterior, queda expedita la vía para que entre en juego el entramado conflictual del art. 4 RR II. En última instancia, cuando no se albergan dudas sobre la procedencia de este precepto, tiene que prestarse atención a su articulación (al respecto, *vid.* I. Bach, “Art. 4 Rome II”, en P. Huber, ed., *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 64–113, en especial, pp. 69–70), que puede comportar que la solución inicialmente retenida, la sumisión de la controversia a la ley del lugar del daño (art. 4.1º RR II), ceda en favor de la aplicación de la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (art. 4.2º RR II) o, excepcionalmente, de la ley que presente vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso (art. 4.3º RR II). Tan pronto como se trasladan estas pautas al litigio de nuestra incumbencia, es fácil concluir que, residiendo en España el causante y la víctima del

accidente de esquí y no convergiendo en Andorra circunstancias suficientes para haber dado pie a la intervención de la cláusula de escape, la AP de Lleida debería haber fallado en consonancia con la legislación española, la cual, oficiando como *lex causae*, habría sido la encargada de regular “el modo de extinción de las obligaciones, así como *las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad*” [art. 15.h) RR II (cursivas nuestras)].

7. Ahora bien, por más que la Audiencia hubiera razonado impecablemente desde la óptica del DIPr, con la designación del Derecho español para disciplinar el contencioso sus problemas no habrían acabado, puesto que, siendo España un Estado plurilegislativo, aún le restaría pendiente la tarea de puntualizar qué ley española sería aplicable al caso. En el Reglamento 864/2007, la disposición a la que se encomienda la supervisión de las remisiones a sistemas no unificados es el art. 25.1º RR II, que establece que “[c]uando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento”. A la hora de analizar la regla, es conveniente fijarse en su estructura –integrada por un supuesto de hecho (“[c]uando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales”) y por una consecuencia jurídica (“cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento”)–, porque de ella se desprenden los puntos que requieren un estudio pormenorizado. El supuesto de hecho de la norma contiene dos presupuestos a los que se condiciona la operatividad del art. 25.1º: primeramente, debe tratarse de países en los que coexistan diferentes “áreas geográficas definidas” a las que se reconozca “*some degree of constitutional separation*” [A. Dickinson, “Territory in the Rome I and Rome II Regulations”, en J. Basedow *et al.* (ed.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2011–2013*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 98] y, segundamente, estas “áreas geográficas” o “unidades territoriales” –como las denomina el Reglamento– han de disponer de normativa referente a la responsabilidad extracontractual. En cuanto contrastamos estos requisitos con la realidad española, nos percatamos de que el primero de ellos no plantea ningún problema, ya que el art. 149.1.8ª CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como es el caso de Cataluña, su “conservación, modificación y desarrollo” –no vamos a entrar, ahora, en el alcance de la habilitación constitucional–. El segundo presupuesto –la existencia de una regulación en la materia– sí que es susceptible de suscitar alguna duda, pues podría argumentarse que, si bien tiene una regla relativa a la prescripción de las acciones –pretensiones– derivadas de responsabilidad extracontractual –art. 121–21.d) del CCCat, sobre él, *vid.* A. Lamarca i Marquès, “Art. 121–21”, en A. Lamarca i Marquès y A. Vaquer Aloy (ed.), *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 574–600, en especial, pp. 592–600–, el Derecho catalán carece de una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles, por lo que, para no abrir la puerta a una disciplina incoherente de las mismas –resultado del posible sometimiento de la prescripción a la ley catalana y del resto de la regulación al Código civil–, únicamente éste debería aplicarse a todos los aspectos sustantivos de tales obligaciones. En el Derecho interregional, esta cuestión ya ha motivado un vivo debate en el curso del cual ha despuntado la tesis, que suscribimos, de S. Álvarez González (“La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012–1, p. 5), de acuerdo con la cual, ante la pregunta de “si se puede aplicar e[ll] plazo de tres años [propio de la legislación catalana] junto con la regulación sobre responsabilidad civil del Cc (...) la respuesta es sí (...) [porque] es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema”; más adelante, al final de su trabajo, el autor añade que “[a]plicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio (en el caso examinado, eliminar la competencia de las normas catalanas sobre la prescripción) sería tratar el caso enjuiciado como un caso diferente: como un supuesto homogéneo de Derecho “común” o un supuesto heterogéneo sujeto a la legislación “común”. Y no existe ninguna lógica que justifique esta solución; es más, se trataría, esta sí, de una solución negadora de la pluralidad jurídica que diseña nuestra Constitución” (p. 20). Volviendo al plano internacional, entendemos que, debidamente adaptadas a las características del tráfico externo en lo que haga falta, estas reflexiones

pueden proyectarse al DIPr comunitario, en general, y al Reglamento Roma II, en particular, ya que la segunda condición –que las unidades territoriales del Estado a cuya ley remiten las reglas de colisión del Reglamento posean “sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales”– reclamada por el art. 25.1º RR II para que se implemente la solución en él contemplada, se cumple en nuestro país desde el momento en que, además de la legislación estatal del Código civil, tenemos en España una norma específica del Derecho catalán –el art. 121–21.d) CCCat–, que disciplina la prescripción de la responsabilidad no contractual –punto que, recordémoslo, constituye el único objeto de discusión en el litigio que nos concierne–. Los reparos a esta interpretación hechos en el marco del Derecho interregional español no parecen haber encontrado eco en la doctrina foránea, pues alguna de sus voces más autorizadas ha manifestado, a propósito de la frase citada, que, en el seno del art. 25.1º RR II, “‘rules of law’ referred to need not be the only rules governing ... non-contractual obligations which apply to that territory. Nor, indeed, should it be required that the rules of law that are specific to the ‘unit’ be applicable, or even potentially applicable to the facts of the individual case or that they extend to the entire range of ... non-contractual obligations” (A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 99). Una vez concurren las circunstancias que aparecen recogidas en el supuesto de hecho del art. 25.1º RR II, se desencadena la consecuencia jurídica prevista en el precepto, que consiste en la consideración de cada unidad territorial –en los términos antes precisados– como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento 864/2007. Que, de las diferentes maneras de solucionar las remisiones a sistemas plurilegislativos [*vid.*, *per omnia*, S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Arts. 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Jaén, Edersa, 1995, pp. 945–948], el Reglamento “Roma II”, al igual que instrumentos convencionales de temática análoga, como el Convenio de La Haya de 1971 *sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera* y el Convenio de La Haya de 1973 *sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos*, haya optado por un sistema de remisión directa puede parecer a primera vista razonable, dada la naturaleza puramente territorial de las conexiones usualmente utilizadas, pero es una fórmula que se revela insuficiente en supuestos en los cuales las partes han escogido como Derecho aplicable el de un Estado plurilegislativo sin mencionar ninguna concreta unidad territorial, hipótesis en las que las lagunas del art. 25 RR II tendrán que colmarse por vías complementarias [M. Altenkirch, “Art. 25 Rome II”, en P. Huber (ed.), *op. cit.*, p. 422; y M. Gebauer, “Article 25 Rome II”, en G.-P. Calliess (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, p. 798]. Ciertamente, éste no es el caso del asunto enjuiciado por la AP de Lleida, en el que la residencia en Cataluña de autor y víctima del daño exigía, a través de una aplicación combinada de los arts. 4.2º y 25.1º RR II, su sujeción al Derecho catalán.

8. Una breve recapitulación de lo hasta aquí expuesto, permite advertir la magnitud de los errores en los que incurre la resolución comentada. Enfrentada a una reclamación judicial por los daños derivados de un accidente de esquí, la AP de Lleida entiende que, al haber ocurrido el suceso en Andorra, Estado ajeno a la Unión Europea, el Reglamento 864/2007 no es aplicable, por lo que, para hallar la legislación rectora del litigio, acude a la norma de conflicto de fuente estatal, el art. 10.9º Cc, que, para regular este tipo de supuestos, otorga competencia a la ley del lugar del daño, en el caso, a la ley andorrana, la cual fija para el ejercicio de las acciones por responsabilidad extracontractual un plazo de prescripción de un año, ya vencido en nuestro asunto, lo que conduce a la Audiencia a declarar prescrita la acción –pretensión– ejercitada por la actora. Si se hubieran aplicado correctamente la normas de DIPr, el resultado final habría sido diametralmente opuesto: aunque los hechos suceden en Andorra, el Reglamento Roma II era aplicable, dado su carácter universal, por lo que la Sala, tras revisar el régimen conflictual del instrumento, hubiera debido comprobar que, en ausencia de elección por las partes de la ley aplicable y de concurrencia de uno de los ilícitos que cuentan con reglas específicas, para resolver esta clase de litigios se ha de recurrir al art. 4 RR II, que, en supuestos como el de autos, en los que el responsable y el perjudicado residen habitualmente en el mismo país, en su ap. 2, obliga a valerse de la ley de ese país; ahora bien, residiendo ambas partes en España, que es un Estado plurilegislativo, la Audiencia Provincial debiera haber tomado asimismo en cuenta el art. 25.1º RR II que preceptúa que, cuando las normas de conflicto del Reglamento remiten a la legislación de un Estado que dispone de un sistema jurídico no

unificado, cada unidad territorial del mismo ha de ser considerada un país a efectos de determinar la normativa aplicable, de ahí que la AP de Lleida hubiera de haber acabado observando el Derecho catalán, el cual, al estipular un plazo trienal de prescripción, habría validado el ejercicio de la acción –pretensión– por parte de la actora. Cuesta encontrar un ejemplo que ilustre mejor como la impericia en el manejo de las normas de DIPr subvierte los parámetros de justicia conflictual conduciendo a un resultado material injusto.

Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia de 27 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María del Carmen Bernat Álvarez. JUR\2016\22297.

Responsabilidad extracontractual.– Responsabilidad por accidente en una pista de esquí.– Derecho de Andorra.– Prescripción de la acción.

Normas aplicadas: Art. 10.9º Cc; arts. 4.2º y 25 Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 julio 2007 (Roma II); art. 121.21º CCCat.

[...]

Analizando cada uno de los motivos del recurso, la apelante muestra disconformidad con la prescripción de la acción ejercitada, alegando en primer lugar infracción de normas o garantías procesales, al entender que el plazo de prescripción aplicable es el de 3 años establecido en el CCCat y no el de 1 año como establece el juzgador. Considera aplicable al supuesto de autos el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 julio 2007, conocido como “Roma II”, que regula la responsabilidad extracontractual en materia civil y mercantil y en concreto lo dispuesto en los arts. 4.2º y 25.1º, que determina que al disponer Cataluña de competencias en materia de reclamaciones extracontractual, el plazo de prescripción de la acción sería de 3 años.

El recurso no puede tener favorable acogida por cuanto el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, “Roma II”, no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto sólo es aplicable a conflictos de leyes y jurisdicción en dicha materia de Estados miembros de la Comunidad Europea, de la cual Andorra no forma parte.

De hecho el art. 32 del mismo establece que el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Por consiguiente, para determinar la legislación aplicable, debe estarse a la norma de conflicto del art. 10.9º Cc español, que establece que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven, esto es, en este caso sería de aplicación la normativa andorrana, respecto de la cual se acreditó con las Sentencias aportadas por los demandados del Tribunal Superior de Justicia de Andorra, Sala Civil, que el plazo de prescripción era de un año; extremo que no fue discutido ni desvirtuado por la actora en ningún momento.

Añadir además a lo expuesto que en ningún caso sería aplicable al supuesto de autos el Derecho civil catalán, como pretende la recurrente, por cuanto el art. 111–3 CCCat establece el principio de territorialidad, de forma que el mismo sólo tiene eficacia territorial, siendo que en este caso el accidente se produjo en Andorra.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal y al efecto es muy ilustrativa la sentencia 27 mayo 2010, nº 219/2010, que establece: “...”.

De ello se desprende que de ser aplicable la ley del país de residencia habitual de la víctima y responsable del accidente, como pretende la recurrente, no sería aplicable el CCCat sino el Cc español y, por consiguiente, el plazo de prescripción sería igualmente de 1 año, a tenor de lo dispuesto en el art. 1968.2º de dicho cuerpo legal.